

Proceso: 052126000201 **2021-01205**
Delito: Hurto Calificado y agravado y falsedad marcaría
Sentenciados: Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba
Procedencia: Juzgado 3° Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria por preacuerdo
Decisión: Confirma y modifica
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No. 027-2022



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto aprobado según acta Nro. 090

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contractual de **ESTEBAN RESTREPO ARIAS** y **JESUS ALBERTO MOSQUERA CÓRDOBA**, en contra de la sentencia proferida el 11 de marzo de este año, por el Juzgado 3° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, a través de la cual, en virtud de un preacuerdo, los halló penalmente responsables del delito de hurto calificado y agravado en concurso con falsedad marcaría.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Fueron narrados por la *a quo* de la siguiente manera:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

“El 11 de junio de 2021 aproximadamente a las 5:30 de la tarde, cuando la señora Yuliana Andrea Gaviria Díez se desplazaba por la carrera 64 con calle 48 del municipio de Copacabana, fue abordada por dos individuos que se movilizaban en una motocicleta, la intimidaron con lo que ella identificó como un arma de fuego y la despojaron de una cadena de oro con el dije avaluada en \$1.500.000, diez minutos después, en la calle 46 con carrera 69, con el mismo proceder despojaron al señor Hernán de Jesús Villa Hernández de un reloj un celular marca Huawei, un anillo de oro y cien mil pesos en efectivo, bienes evaluados por esta víctima en \$1.920.000.

Por la oportuna intervención de las autoridades, a las 5:45 de la tarde, en la diagonal 50A con avenida 38, fueron capturados el señor Esteban Restrepo Arias conduciendo la motocicleta y Jorge Alberto Mosquera Córdoba de parrillero, les encontraron los bienes hurtados momentos antes y dieron cuenta de los sistemas de identificación de la motocicleta adulterados”.

El 12 de junio de 2021, se llevaron a cabo ante el Juzgado 28 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, las audiencias concentradas de legalización de captura, incautación, formulación de imputación por el delito de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo en calidad de coautores, descrito en los artículos 239, 240 inciso 2º, 241 numerales 10, en concurso heterogéneo con falsedad marcaria art. 285 incisos primero y segundo del C. Penal, no hubo allanamiento a cargos. Se les impuso medida de aseguramiento, a Jesús Alberto Mosquera, en establecimiento de reclusión, mientras que, a Esteban Restrepo Arias, en su lugar de residencia.

El escrito de acusación se radicó el 21 de julio de 2021, correspondiéndole por reparto la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bello, Antioquia, el 28 de octubre de 2021, cuando se iba a dar inicio a la audiencia de formulación oral de los cargos, la fiscalía anunció que se había llegado a un preacuerdo consistente en que como ficción jurídica se les reconocería la calidad de cómplices, tasando la pena a imponer seis (6) años por el delito de hurto calificado y agravado, seis (6) meses más por el concurso homogéneo y tres (3) meses más por el concurso de

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

falsedad marcaria, para un total de la pena a imponer de seis (6) años nueve (9) meses de prisión.

El 11 de marzo de este año, la *a quo* luego de verificar con los acusados y sus defensores los términos del preacuerdo, así como las consecuencias de la aceptación de responsabilidad, que a las víctimas les fueron reintegrados en su totalidad los objetos hurtados y que, además, se les canceló unas sumas de dinero por concepto de indemnización de perjuicios, impartió aprobación al preacuerdo y dio paso a la audiencia de que trata el artículo 447 del C. de P.P. En ésta el delegado del ente persecutor indicó que por tratarse de un delito contenido en el art. 68A del C.P no era posible otorgarles subrogados ni beneficios como la prisión domiciliaria.

La defensa, pidió que les fuera reconocida la rebaja máxima del art. 269 del C.P por haber indemnizado a las víctimas en una etapa primigenia de la actuación.

2. LA SENTENCIA APELADA

Para los efectos del recurso interpuesto, la falladora de primera instancia indicó que se encontraba acreditada la conducta punible de hurto calificado y agravado consagrada en los art. 239, 240 inciso 2° y 241 numeral 10 en concurso heterogéneo con el delito de falsedad marcaria, artículo 285 del CP., así mismo, resaltó que la aceptación de cargos realizada por los acusados se hizo de manera libre, consiente y voluntaria, por lo que era procedente emitir un juicio de reproche en su contra, como en efecto lo hizo.

Consideró que la pena acordada se ajustó al principio de legalidad, de esa manera impuso una sanción de seis (6) años nueve (9) meses, o lo que era igual, ochenta y un (81) meses de prisión y multa de 1.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria dada la prohibición del art. 68A del C. Penal.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

Por último señaló que era viable concederles a los acusados la rebaja del artículo 269 del C. P. pues de conformidad con la prueba aportada, las víctimas no solo recuperaron los bienes que les habían sido hurtados, sino que además fueron indemnizadas por los perjuicios ocasionados, razón por la cual dio aplicación a la norma en comento y disminuyó la pena por el delito de hurto calificado y agravado en un 50%, toda vez que, si bien la indemnización se realizó a los pocos meses de ocurridos los hechos, no por ello dejó de desgastarse el aparato judicial, pues se llevaron a cabo las audiencias preliminares y se formuló acusación, de esa manera indicó que la pena a imponer quedaba en cuarenta y dos (42) meses de prisión y multa equivalente a 1.33 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Al mismo lapso de la pena principal se contrajo la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

La defensa inconforme apeló la decisión.

3. DEL RECURSO

El defensor contractual de **ESTEBAN RESTREPO ARIAS y JESÚS ALBERTO MOSQUERA CÓRDOBA** anunció su inconformidad en lo correspondiente al monto de la pena impuesta, ya que considera que la rebaja del art. 269 del C.P debe ser reconocida en un monto superior al del 50%.

Reprochó las razones expuestas por la a quo para conceder solo el 50% de la rebaja de la pena, toda vez que era natural que la reparación a las víctimas no se hubiese realizado en etapa de indagación porque los procesados fueron capturados en situación de flagrancia el 11 de junio de 2021 y fueron puestos a disposición del Juzgado de Control de Garantías el día siguiente, cuando se realizaron la audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, lo que significa que el tiempo del cual disponían los procesados para conseguir los datos de las víctimas, contactarlas, gestionar recursos y realizar el pago era insuficiente.

Dijo que con el fin de negar un mayor descuento punitivo del artículo 269, no puede aceptarse como argumento el que se haya agotado un actuación natural e indispensable

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

dentro del sistema procesal penal, como en el presente caso lo fueron las audiencias preliminares, sobre todo cuando la audiencia de formulación de imputación permite preparar la actividad defensiva conforme lo dispuesto en el artículo 290 de la ley 906 de 2004 y es allí donde se da inicio a definir la actividad procesal del imputado, tal y como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia y recordó que la existencia de las audiencias de control de legalidad a la captura y la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, no pueden ser considerados como un acto que provocó desgaste judicial por parte de los procesados, sobre todo cuando el artículo 269 del C.P consagra un fenómeno post delictual, es decir, que supone la existencia del delito y la responsabilidad penal, porque solo puede ser acreedor de dicho beneficio quien va a ser sancionado como autor o participe del delito.

Dijo no ser cierto que en el presente caso se efectuara la audiencia de formulación de acusación, pues si bien se trata de un acto complejo, en este asunto se presentó el escrito, pero no se hizo la formulación oral de los cargos, así lo reconoció la funcionaria de primer grado en su decisión y recordó que la aceptación de cargos preacordada, contrario sensu, derivó en un ahorro al aparato judicial, porque en la primera oportunidad ante juez de conocimiento y antes de instalarse la audiencia de acusación decidieron reconocer su culpabilidad y para dicha ocasión ya habían cancelado los perjuicios ocasionados con el delito, tal y como puede observarse a través de los comprobantes de pago aportados de fecha 25 de septiembre del año 2021, cuando tan solo habían transcurrido tres meses y medio desde la ocurrencia del hecho delictivo, lo que significa que mucho antes de la audiencia de individualización de la pena celebrada el 11 de marzo del 2022 ya los procesados habían resarcido a las víctimas, aminorando en la mayor medida posible el impacto del hecho delictivo.

Por esa razón, continuó, es que debe reconocerse un mayor derecho a quien de una parte evita el desgaste judicial injustificado como sucede en el presente caso donde no fue necesario el desarrollo de las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral, sobre todo cuando los aplazamientos dentro de este proceso fueron por la incapacidad del Estado para conectar al procesado Jesús Alberto Mosquera Córdoba desde su lugar de reclusión y agregó que concurren en este evento tres circunstancias que deben considerarse favorables a los procesadores a fin de conceder el 75% de rebaja sobre

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

la pena a imponer por los delitos de hurto calificado y agravado. en primer lugar, la cercanía de la reparación integral con relación a los hechos investigados, haciendo efectivos los derechos de las víctimas y aminorando el impacto del delito, en segundo término, la temprana indemnización con relación al estado del proceso, lo cual significó un importante ahorro para el aparato judicial, y por último que el pago de los perjuicios se realizó en un solo acto, sin plazo o condición alguna tal y como lo ha indicado la jurisprudencia¹.

Así las cosas, consideró que la falladora incurrió en un error en la aplicación del artículo 269 del C. P. y, por esa vía, impuso a los procesados una pena mayor de la que realmente corresponde, pues en su sentir, la rebaja que debía otorgarse por los delitos de hurto calificado y agravado en concurso homogéneo era del 75% y no del 50%, en ese sentido debe ser modificada la sanción y en caso de que dicha solicitud no sea acogida, pidió que se concediera una rebaja mayor al 50%.

No hubo pronunciamiento de los sujetos no recurrentes.

4. CONSIDERACIONES

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

2. Ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando nos enfrentamos a un fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, en mayor grado, la competencia de esta Corporación.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Radicado 51100 del 7 de noviembre de 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

3. Resaltado lo anterior, el problema jurídico que plantea el recurrente se contrae a determinar si el porcentaje de rebaja reconocido por la juez de primera instancia en aplicación del art. 269 del C.P. fue insuficiente, toda vez que la censura no se extendió a los términos de la negociación y la Sala no deriva de allí ningún tipo de irregularidad que amerite ser revisada.

4. Analizada la postulación del impugnante, a la luz de las normas jurídicas y la jurisprudencia relacionada con la temática propuesta, se anticipa que la sentencia de primera instancia será modificada. Éstas las razones:

4.1 Inicialmente conviene destacar que la rebaja ofrecida a los procesados en atención a su aceptación de los cargos fue posible gracias al cumplimiento del art. 349 del C. de P.P. el cual establece a manera de requisito de procedibilidad de las negociaciones que el incremento patrimonial derivado de la conducta punible sea previamente restablecido o en su defecto cancelado hasta la mitad y garantizado el remanente.

Situación que se distingue de la figura de la rebaja por reparación integral del art. 269 del C.P que indica *“el juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”*.

De esta forma, para que proceda la rebaja de pena por indemnización integral de perjuicios es necesario que además de la restitución del objeto material o el pago del valor del mismo, cuando no opera la sustracción de materia por haberse recuperado, se presente la indemnización de los daños ocasionados, que comprende el pago de perjuicios materiales o patrimoniales e inmateriales o extrapatrimoniales.

Respecto a la concurrencia de estos dos presupuestos, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 19 de junio de 2013, radicado 39719, dijo:

“En efecto, como atinadamente lo sostuvo el señor Fiscal en la audiencia de alegaciones orales, la reparación integral demanda probar suficientemente,

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

porque así expresamente lo consagra el artículo 269 de la Ley 599 de 2000, que “el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

Cuando menos, entonces, esos elementos de juicio aportados deben cubrir tan básicas exigencias, esto es, permitir desentrañar que no solo se restituyó el objeto material del delito-cuando pudo haberse desplazado su tenencia o se trató de un bien fungible el entregado u obtenido por ocasión del ilícito-, sino que se indemnizaron los perjuicios de todo orden anejos al delito.

Y ello no es asunto menor o deleznable, pues, en juego están no solo las legítimas expectativas de la víctima que, ya se sabe, deben ser garantizadas por la justicia en un plano material y no apenas formal, sino el beneficio —o derecho, como prefiere llamarlo la Procuradora—, que con largueza instituye el artículo 269 tantas veces citado, cuya filosofía estriba precisamente en que se minimice el efecto de la ilicitud, con el consecuente espíritu contrito que faculta acceder a una sustancial rebaja punitiva”.

4.2 En el *sub judice* las audiencias preliminares, tal y como se indicó en los antecedentes procesales de esta decisión, se llevaron a cabo el 12 de junio de 2021 y el escrito de acusación se radicó el 21 de julio siguiente, correspondiéndole la actuación al Juzgado 3° Penal Circuito de Bello, Antioquia, quien asumió conocimiento en la misma fecha, programando de manera inmediata la audiencia de formulación oral de los cargos para el 23 de agosto de 2021.

En esa oportunidad, la fiscalía informó que se estaba tratando de llegar a un acuerdo con los procesados y con las víctimas para establecer el monto de los perjuicios a indemnizar, circunstancia que fue avalada por el defensor contractual, de esa manera se suspendió la diligencia.

El 29 de septiembre siguiente se instaló nuevamente la audiencia de formulación de acusación, sin embargo, no se logró conexión con el establecimiento carcelario en donde estaba recluido Jesús Alberto Mosquera Córdoba, así mismo el defensor solicitó la

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

suspensión a efectos de explicar y socializar con sus asistidos los términos del preacuerdo. Finalmente, la audiencia de formulación oral de los cargos que se mutó por preacuerdo se llevó a cabo el 28 de octubre de 2021.

Ahora bien, dentro de la actuación se cuenta con actas de entrega de elementos incautados del 11 de junio de 2021, en las que se relaciona que a los señores Hernando Villa Hernández y Yuliana Andrea Gaviria Díaz, víctimas dentro de esta actuación les fueron devueltos sus bienes muebles. Al primero de ellos un celular marca Huawei, un reloj deportivo marca Yess y un anillo de oro, mientras que, a la segunda, una cadena de oro con su respectivo dije. También hay una constancia del 27 de septiembre de 2021, en la que se verificó nuevamente por parte de la fiscalía que ambas víctimas, en efecto, recibieron los elementos que les fueran hurtados².

Así mismo obran constancias de consignaciones realizadas el 25 de septiembre de 2021 por valor de \$450.000 y \$750.000 y correo enviados por las víctimas donde dicen sentirse reparadas.

4.3 Pues bien, la *a quo* al momento de dar aplicación a la rebaja contenida en el art. 269 del C.P lo hizo en una proporción del 50% en atención a que, si bien es cierto, las víctimas fueron reparadas a los “*pocos meses de ocurridos los hechos*”, también lo es que, se produjo un desgaste del aparato judicial en tanto se efectuaron la audiencias preliminares y “*se formuló acusación*”, circunstancia que en lo que respecta a las primeras, se advierte desproporcionada, dada la premura con la que éstas deben ser realizadas, en especial cuando media una situación de captura en flagrancia que debe resolverse en un lapso no superior a 36 horas, periodo que resulta insuficiente para que las víctimas tengan claridad sobre el monto de los perjuicios ocasionados con el ilícito.

Y es que incluso para la primera oportunidad que la juez de conocimiento programó audiencia de formulación oral de los cargos, las víctimas aún no tenían claro ese tema, al punto de ser la propia fiscalía quien propició el aplazamiento a efectos de concretar una negociación, misma que no pudo llevarse a cabo para la segunda oportunidad concertada

² Expediente digital. Carpeta de traslado de elementos materiales probatorios. Folios 13 y 14 y constancia en PDF No. 6.1

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

por la *a quo* en atención a dificultades de conexión no imputables a los procesados, lo cual ni siquiera fue impedimento para que en ese momento el reintegro y los perjuicios hubiesen sido pagados.

Como puede apreciarse de lo anterior, el intervalo agotado por los procesados después del justiprecio de los perjuicios no se advierte prolongado ni desproporcionado, además no fue realizado por cuotas y no se le atribuye a uno solo de ellos, situación que permite inferir que fue efectuado a nombre de ambos. Por lo demás, el desgaste a la administración de justicia por lo menos, en lo que se refiere a la fase de juzgamiento se advierte mínimo, pues a lo sumo, podría recriminárseles el hecho de haber separado en la agenda del juzgado el tiempo para las audiencias, mismo que no puede entenderse del todo perdido al propiciar el acercamiento de las partes en aras a la celebración de un preacuerdo, lo que influiría en que la rebaja no se lleve al extremo del 75% que reclama el censor, aunque si un poco más del 50% reconocido en la providencia apelada.

En ese orden de ideas, de conformidad con los precitados postulados jurisprudenciales y legales, y teniendo en cuenta el lapso transcurrido entre la comisión del ilícito y la data de la indemnización, resulta razonable y proporcionado rebajar la sanción en el 60% respecto al ilícito contra el patrimonio económico, de manera tal que se hace necesario redosificar la pena impuesta en el fallo de primera instancia.

5. Entonces, la pena por el delito de hurto calificado y agravado se pactó por las partes en setenta y dos (72) meses de prisión más seis (6) meses por el concurso homogéneo, es decir setenta y ocho (78) meses de prisión, monto que se reducirá en 60% con ocasión de la concurrencia del artículo 269 del C.P por indemnización a los afectados, por lo que la sanción será de treinta y uno punto dos (31.2) meses de prisión, a los que se adicionan los tres (3) meses establecidos en el convenio respecto del concurso con el punible de falsedad marcaria. Luego, la pena definitiva a imponer a Esteban Restrepo Arias y a Jesús Alberto Mosquera Córdoba corresponde a treinta y cuatro punto dos (34.2) meses de prisión o lo que es igual a treinta y cuatro (34) meses seis (6) días de prisión, y en ese sentido se modificará el acápite respectivo del fallo impugnado. A ese mismo lapso se contraerá la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

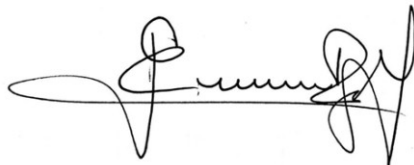
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 052126000201 2021-01205
Esteban Restrepo Arias y
Jesús Alberto Mosquera Córdoba

En lo demás se mantiene incólume la decisión de primera instancia.

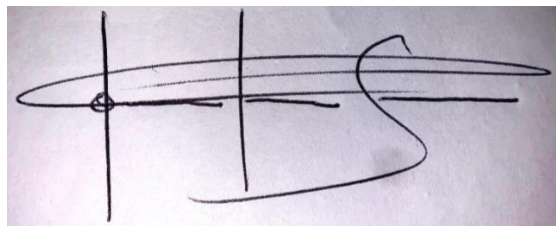
Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión y **MODIFICA** el numeral segundo de la parte resolutive, en el sentido de que la pena a imponer para **ESTEBAN RESTREPO ARIAS Y JESÚS ALBERTO MOSQUERA CÓRDOBA** corresponde a **TREINTA Y CUATRO (34) MESES SEIS (6) DÍAS DE PRISIÓN**, para cada uno de los procesados, lapso al cual también se contrae la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás permanece incólume la sentencia de primer grado.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO